

Opschorting, doel en effect

R.J.Q. Klomp*

1. INLEIDING

Op het eerste gezicht is het niet erg ingewikkeld aan te geven wat het doel van een succesvol beroep op een opschortingsbevoegdheid is. Niet voor niets kende reeds het klassieke Romeinse recht een opschortingsbevoegdheid die de rechtstreekse voorloper is van de *exceptio non adimpleti contractus*. Sinds de tijd van het Romeinse recht mag een verkoper levering van het gekochte opschorten zolang de koper niet de gehele koopprijs heeft betaald, ofwel om hem te stimuleren alsnog te betalen, ofwel om te voorkomen dat hij moet leveren zonder zeker te zijn van betaling van de koopprijs door de koper. Een combinatie van beide oogmerken is natuurlijk ook mogelijk. Primair de prikkel aan de wederpartij om alsnog te presteren, subsidiair de zekerheid. Of het beoogde effect van een beroep op opschorting ook altijd wordt bereikt, zullen we zien bij de behandeling van de jurisprudentie.

Toch is opschorting alles behalve een eenvoudig te doorgronden en toe te passen rechtsfiguur. Door de eeuwen heen hebben juristen er moeite mee gehad. Daarbij ging het niet zozeer om het bepalen van het doel, maar voornamelijk om de vraag wanneer er wel en wanneer er niet met succes een beroep op gedaan kon worden. Het blijkt dat de meeste landen een net iets andere regeling kennen.¹

Ook de Nederlandse wetgever heeft bij de hercodificatie in 1992 met de materie geworsteld. Deze worsteling heeft geleid tot een dubbele regeling. Enerzijds kent het BW nu een algemene regeling van de opschortingsbevoegdheid (art. 6:52 e.v.), anderzijds is er een aparte regeling opgesteld voor wederkerige contracten (art. 6:262 e.v.). Alleen deze laatste regeling duiden wij aan met de middeleeuwse term *exceptio non adimpleti contractus*, kortweg *enac*. De vraag is

* R.J.Q. Klomp is advocaat bij Stibbe en als honorair hoofddocent verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit Utrecht.

1. H. Beale en J. Harrington noemen opschorting 'a temporary remedy', in: H. Beale e.a. (red.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, in de serie Casebooks on the Common Law of Europe, Oxford/Portland, 2002, p. 723.

of deze dubbele regeling een gelukkige greep is geweest van de wetgever.

Een extra perspectief op het onderwerp wordt geboden door de regeling van de opschortingsbevoegdheid in de *Unidroit Principles* (1994) en in de *Principles of European Contract Law*, kortweg *PECL* (1995). Beide kennen een regeling voor *withholding performance*, artikel 7.1.3 Unidroit Principles en artikel 9:210 PECL. De regelingen zijn te beschouwen als de voorlopige uitkomst van een rechtsontwikkeling die, zoals gezegd, Romeinsrechtelijke wortels heeft. Daarom nu eerst de historische achtergrond.

2. HISTORISCHE ACHTERGROND

De geschiedenis van de *exceptio non adimpleti contractus* gaat terug tot de acties die de Romeinse praetor – eerst bij koop, later ook bij andere contracten – van de goede-trouwclausule voorzag (*quidquid dare facere oportere ex fide bona*). Hiermee kon worden bereikt dat de gedaagde niet veroordeeld werd als de eiser zelf zijn verbintenis niet was nagekomen.² Zie Ulpianus in Digesten 19.1.13.8, Scaevola in Digesten 18.4.22, en Marcellus en Ulpianus in Digesten 21.1.31.8. In alledrie deze teksten gaat het om een situatie waarbij een partij een machtsmiddel wil aanwenden om de overeengekomen prestatie van de wederpartij daadwerkelijk te ontvangen.

Ulpianus schrijft in D. 19.1.13.8 dat de verkoper de verkochte zaak kan achterhouden als de koper slechts een deel van de koopprijs aanbiedt:³

‘Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.’

2. R. Zimmerman, *The Law of Obligations; Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 801, noot 133.
3. In de vertaling van J.E. Spruit en P.J. Verdam: ‘Als de koper de actie uit koop instelt, moet door hem de koopprijs worden aangeboden; daarom is er nog geen actie uit koop mogelijk, ook al biedt hij wel een deel van de prijs aan. De verkoper kan immers de door hem verkochte zaak bij wijze van pand achterhouden;’ in: *Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling III, Digesten 11 - 24*, Zutphen: Walburg Pers 1996, p. 502, 503.

De gedachte van de opschorting is duidelijk aanwezig, al wordt er nog niet van de *exceptio non adimpleti contractus* gesproken. Wat opvalt aan de tekst van Ulpianus is dat de vergelijking met pand (*pignus*) wordt gemaakt.⁴ De beide doelstellingen die ook het moderne opschortingsrecht schragen zijn reeds in het Romeinse recht onderkend. De verkoper wil nog steeds leveren, maar pas nadat de koper de gehele koopprijs heeft aangeboden. Zolang deze dat niet doet, kan hij de levering alsof hij een pandrecht heeft (*quasi pignus*), uitstellen: prikkel en zekerheid in één.

Ook Scaevola spreekt in D. 18.4.22 van zaken – in dit geval zaken die tot een verkochte nalatenschap behoorden – die *bij wijze van pand* verbonden zijn.⁵ En Marcellus schreef in D. 21.1.31.8 (volgens Ulpianus) dat een verkoper hetgeen hij verkocht heeft als pand mag achterhouden tot de koper hem genoegdoening verschaft.⁶

Deze gedachte van een terughoudingsrecht, in ieder geval in de context van een koop, kon duidelijk ook in de zesde eeuw op instemming rekenen. Anders had keizer Justinianus deze teksten niet in zijn Digesten opgenomen. Via de Digesten hebben deze wortels van ons huidige opschortingsrecht zich verder ontwikkeld. Dat deze ontwikkeling niet in alle landen tot eenzelfde resultaat heeft geleid, mag niet verbazen. Maar hoe groot zijn de verschillen eigenlijk? Een korte blik over de grens.

3. OPSCHORTEN OP ZIJN FRANS, DUIJS, BELGISCH EN ZWITSERS

3.1 *Frans recht*

Uit het Romeinse recht blijkt dat het opschortingsrecht dus oorspronkelijk toegekend is aan de verkoper. Het is daarom niet verwonderlijk dat ook in de eerste moderne codificatie, de Franse *Code civil* (1804) het opschortingsrecht is opgenomen als het recht van de verkoper de aflevering van de verkochte zaak op te houden, zie artikel 1612 CC:

4. De achtergrond van de vergelijking met een pandrecht wordt gevormd door de oorspronkelijke regel dat de koop pas geldig was als de prijs betaald was. Later werd dit versoepeld en was 'kredietverlening' ter hoogte van de koopprijs door de verkoper aan de koper voldoende.
5. D. 18.4.22: 'quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur.'
6. D. 21.1.31.8: 'nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciatur.'

‘Le vendeur n’est pas tenu de délivrer la chose, si l’acheteur n’en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement.’

Let wel, het gaat in het Franse recht om het opschorten van de *aflevering*, dat wil zeggen: het feitelijk ter beschikking stellen. De eigendom gaat naar Frans recht immers over bij met het sluiten van de overeenkomst. Net als in het Nederlandse recht onder het oude BW (zie hierna) werd de opschortingsbevoegdheid voor de verkoper in de jurisprudentie ook toegekend aan alle andere contractspartijen die een wederkerige overeenkomst (*contrat synallagmatique*) hadden gesloten. De gedachte is dat in een wederkerige overeenkomst de oorzaak van de overeenkomst in de wederprestatie zit. Zonder wederprestatie geen verplichting te presteren, kort gezegd.⁷

3.2 Duits recht

In het Duitse BGB (1900) is het opschortingsrecht op twee plaatsen geregeld. De bevoegdheid van een schuldenaar uit een wederkerige overeenkomst zijn prestatie op te schorten, is opgenomen in § 320:

‘Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist (...).’

Dit wordt de *Einrede des nicht erfüllten Vertrages* genoemd, oftewel de *enac*. De algemene bevoegdheid tot opschorting is als een *Zurückbehaltungsrecht* opgenomen in § 273, lid 1:

‘Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.’

Waarna in lid 2 de regeling van een retentierecht zoals wij dat kennen, in art. 3:290 BW volgt.

Zo is meteen duidelijk waar Nederland het onderscheid tussen de algemene regeling van art. 6:52-57 enerzijds en de *enac* van 6:262-

7. L.S.C. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid. De exceptio non adimpleti contractus en het retentierecht*, Zwolle [z.j.], p. 63, 64.

264 BW vandaan heeft (hetgeen in de parlementaire geschiedenis bevestigd wordt).⁸ Of dit een gelukkig onderscheid is, kom ik nog op terug. Duitsland is er in ieder geval niet ontevreden over aangezien de bepalingen over de opschortingsrechten niet gewijzigd zijn bij de herziening van het *Schuldrecht* per 1 januari 2003.⁹

3.3 Doel en effect

Noch uit de Franse, noch uit de Duitse regeling is af te leiden welke doelen er precies met deze opschortingsbevoegdheden beoogd werden. Uit het Duitse recht valt wel iets over het effect af te leiden. Een succesvol beroep op een opschortingsbevoegdheid leidt zowel ingeval van de *Einrede des nicht erfüllten Vertrages* als ingeval van het *Zurückbehaltungsrecht* niet tot het afwijzen van de vordering van een schuldeiser tot nakoming, maar tot een voorwaardelijke veroordeling. De vordering wordt ondanks het opschortingsrecht toegewezen, zij het onder de voorwaarde dat de tegenvordering van de schuldenaar voldaan zal worden. Dit wordt de *Zug-um-Zug-Verurteilung* genoemd en dit is geregeld in resp. § 322 en § 274.¹⁰

3.4 Belgisch recht

Net als in de Franse *Code civil* kent het Belgische BW alleen voor de verkoper een expliciet opschortingsrecht. Net als in de *Code civil* is dit geregeld in artikel 1612 en is het in de jurisprudentie uitgebreid tot alle wederkerige overeenkomsten, inclusief de onvolmaakt wederkerige overeenkomsten. In een commentaar op het Belgische BW uit 1836 wordt de nadruk gelegd op het feit dat dit opschortingsrecht de verkoper toekomt totdat hij de gehele koopprijs heeft ontvangen. Als slechts een deel van de koopprijs wordt aangeboden, ook al is dit deel bijna de gehele prijs, dan mag de verkoper de aflevering opschorten, *comme un gage de sa créance, quodam pignoris jure*.¹¹ Interessant is de – eveneens in de jurisprudentie aanvaarde – analoge toepassing in

8. Parl. Gesch. Boek 6, p. 205.

9. Overigens kent het Duitse recht een aparte (en iets ruimere) regeling van opschorting voor kooplieden, het *kaufmännische Zurückbehaltungsrecht* van § 369 HGB.

10. K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3^e oplage, München: Beck 1975, p. 201; P. Smits, A.H.F.M. Wijers, *Duits verbintenissenrecht*, SI-EUR-reeks, deel 6A, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 183, 184.

11. J.A. Rogron, *Le Code civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Bruxelles 1836, p. 332.

de situatie die ontstaat na vernietiging of ontbinding van een wederkerige overeenkomst.¹² Overigens wordt de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid beperkt door de grenzen aangegeven door de goede trouw. Als functies van de *enac* maken Dirix en De Corte onderscheid tussen de *enac* als verweermiddel van de gedaagde tegen een vordering tot nakoming van de wederpartij (1), de *enac* als “drukingsmiddel” (2) en de zekerheidsfunctie van de *enac* (3).¹³

3.5 Zwitsers recht

Ook in het Zwitsers recht, veelal geprezen om zijn progressiviteit, is het opschortingsrecht erkend, zie artikel 82 in het uit 1911 stammende *Obligationenrecht* (OR):

‘Wer bei einem zweiseitigen Verträge den anderen zur Erfüllung anhalten will, muss entweder bereits erfüllt haben oder die Erfüllung anbieten, es sei denn, dass er nach dem Inhalte oder der Natur des Vertrages erst später zu erfüllen hat.’

Volgens het commentaar van Guhl¹⁴ komt de schuldenaar pas in een procedure toe aan een beroep op dit opschortingsrecht. Hij wijst er op dat een opschortingsrecht niet van rechtswege zal worden toegepast en dat ook het Zwitserse recht het verschijnsel kent dat hierboven bij het Duitse recht de *Zug-um-Zug-Verurteilung* werd genoemd. Zo wordt de koper slechts tot betaling van de koopprijs veroordeeld tegen gelijktijdige levering van het gekochte door de verkoper. Als probleem signaleert Guhl dat het Zwitsers recht geen executie/tenuitvoerleggingsvoorschriften voor het opschortingsrecht van artikel 82 kent.

4. OPSCHORTEN NAAR NEDERLANDS RECHT

4.1 Vóór Theunissen/Verstappen

Oorspronkelijk kende Nederland net als Frankrijk en België slechts zeer beperkte mogelijkheden tot opschorting. Alleen de verkoper had

12. C.A. Streefkerk, *Opschortingsrechten*, Mon. Nieuw BW B-32b, Deventer 1995, p. 7.

13. E. Dirix en R. de Corte, *Zekerheidsrechten*, deel XII van de serie *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, p. 161.

14. Theo Guhl, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 7^e druk, Zürich 1980, p. 22.

recht op het inroepen van de *enac* op grond van art. 1514 oud BW en voor ruil was de *enac* vastgelegd in art. 1582 oud BW. Pas vanaf 1921 mocht ook de koper een beroep op de *enac* doen.¹⁵ De Hoge Raad baseerde dit op artikel 1550 oud BW, waarin was bepaald dat levering en betaling in beginsel op hetzelfde moment en op dezelfde plaats dienden te geschieden. Met een prachtige redenering werd overwogen dat de koper over dezelfde rechten zou moeten beschikken als de verkoper:

‘dat er toch geen reden is, waarom de wetgever in art. 1514 den verkooper boven den kooper zou hebben begunstigd, en voormelde bepaling dan ook veeleer als eene uiting is te beschouwen van bovengenoemd beginsel, dat wegens den innigen samenhang tusschen de verplichtingen des verkoopers en die des koopers elk hunner slechts behoefte te praesteren, zoo de hem beloofde praestatie ook door den ander wordt verricht;’

De verkoper diende niet bevoordeeld te worden ten opzichte van de koper. Het was duidelijk de bedoeling beide partijen de mogelijkheid te geven de eigen prestatie uit te stellen totdat ook de wederpartij zou presteren. Deze wederzijdse opschortingsbevoegdheid werd echter als een *uitzondering* op de regel gepresenteerd. De Hoge Raad durfde het nog niet aan de opschortingsbevoegdheid als regel voor iedere partij bij een wederkerige overeenkomst te formuleren.

4.2 *Theunissen/Verstappen*

Pas in 1978 breidde de Hoge Raad de mogelijkheden van de *enac* uit. In de bekende uitspraak *Theunissen/Verstappen* trok de Hoge Raad de in 1921 ingezette lijn door naar andere wederkerige overeenkomsten dan koop.¹⁶ Het ging om een huurovereenkomst met betrekking tot een horecapand en een erf aan de Rijksweg te Velden. *Verstappen* was de verhuurder en vorderde van *Theunissen* ontruiming en schadevergoeding wegens niet betaalde huurpenningen. *Theunissen* beriep zich op de *enac* wegens achterstallig onderhoud en vorderde op zijn beurt schadevergoeding van *Verstappen*. In de beslissende overweging bepaalde de Hoge Raad dat de vraag of een huurder bevoegd is de nakoming van zijn verplichting tot betaling van de huurpenningen geheel of ten dele op te schorten tot de verhuurder aan zijn onder-

15. HR 3 juni 1921, *WvR* 23 november 1921, no. 10796, p. 1, *NJ* 1921, 937 (Mr. Doornbos q.q./Koopmans).

16. HR 23 juni 1978, *NJ* 1978, 693 (*Theunissen/Verstappen*; ook wel aangeduid als het “Veldense huurcontract”), m.nt. GJS.

houdsverplichtingen heeft voldaan, beantwoord moet worden aan de hand van de eisen van de redelijkheid en billijkheid, destijds ex. art. 1374 lid 3 BW. Hiermee werd de deur opengezet om ook bij alle andere wederkerige overeenkomsten dan koop een beroep op een opschortingsbevoegdheid toe te staan, mits deze niet in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid. Echter, deze verruiming baatte de huurder niet. Volgens de Hoge Raad anno 1978 hangen de verplichting van de verhuurder om ongestoord huurgenot te verschaffen en de verplichting van de huurder om de penningen te betalen:

‘niet zodanig met elkaar samen dat een opschorting van de betaling van de huurpenningen (...) anders dan bij uitzondering met de voormelde eisen [van redelijkheid en billijkheid, rk] in overeenstemming zal zijn, zulks mede gelet op het stelsel van de wettelijke regeling van de huurovereenkomst zoals dit o.m. in de artt. 1591, lid 2 en 1634 B.W. tot uiting komt.’

Over het doel van deze rigoureuze verruiming van de mogelijkheden van de *enac* zegt de Hoge Raad niets. Annotator G.J. Scholten wijst op het feit dat reeds meerdere auteurs voor deze verruiming hadden gepleit¹⁷, maar gaat er verder zelf ook niet op in.

Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers wijden aan de uitspraak een uitgebreid artikel in het NJB.¹⁸ Zij beschouwen ‘gezien de ontwikkeling van het leerstuk van de *enac*’ de verwijzing naar de goede trouw van art. 1374 lid 3 BW als een ‘onverwachte wending’. Waar zij echter vooral kritiek op hebben is het onthouden van de nieuwe opschortingsmogelijkheden aan de huurder. De hierboven geciteerde overweging van de Hoge Raad¹⁹

‘versluiert dat de Hoge Raad in feite niet anders doet dan bepalen dat het maatschappelijk ongewenst is de huurder voor deze gelegenheid met het niet misse pressiemiddel van de exceptie toe te rusten. Hier is een beleidsuitspraak gedaan.’

De auteurs constateren dat de Hoge Raad ‘niets van zijn motieven [heeft] laten zien’ en voegen daar aan toe:²⁰

17. Hij noemt Hofmann-Van Opstall-Abas (p. 330), Asser-Rutten (1975, p. 325) en Heyning-Plate (p. 41).

18. B. Nieskens-Isphording, A. van der Putt-Lauwers, ‘De Hoge Raad en de huurdersexceptie’, *NJB* 1978, p. 891-899.

19. B. Nieskens-Isphording, A. van der Putt-Lauwers, a.w., p. 891.

20. B. Nieskens-Isphording, A. van der Putt-Lauwers, a.w., p. 891.

‘Angst voor chicanes, die steeds terughoudendheid heeft gedictieerd ten aanzien van toepassing van de exceptie, vooral in gevallen waarin de partij die zich op de exceptie beroept (een deel van) het genot van de zaak ten deel valt, zal echter aan de afwijzing niet vreemd zijn geweest.’

Onder verwijzing naar Hofmann/Abas²¹ vragen zij zich af waarom het wantrouwen jegens de huurder groter moet zijn dan dat jegens de koper, die ten slotte in vergelijkbare omstandigheden wél mag opschorten. Nieskens-Isphording en Van der Putt-Lauwers noemen het uitoefenen van pressie op de wederpartij om de op hem rustende verplichting alsnog na te komen expliciet als het doel van de *enac* in de huurder-verhuurderrelatie.

Dit prikkel-tot-nakomen-oogmerk is algemeen aanvaard. De enige rechtsgeleerde auteur die een enigszins afwijkend doel van de *enac* formuleerde, was Kingma Boltjes. In zijn noot onder het arrest HR 21 december 1956, *NJ* 1959, 180 (Van Cleef/Van Sloun), noemde hij de *enac* een middel tot het tegengaan van ongerechtvaardigde verrijking.²² Dit betekent dat hij geen rol zag weggelegd voor het opschorten als prikkel tot nakoming door de wederpartij. Bij deze doelstelling gaat het immers om het alsnog nakomen van de wederzijdse verbintenissen. Het is moeilijk voorstelbaar hoe dit gerijmd zou moeten worden met het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking. Het opschorten tot zekerheid kan wel gezien worden als een wijze van voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking, zij het alleen in die gevallen waar de op te schorten prestatie niet ongedaan gemaakt zou kunnen worden. Veel school heeft Kingma Boltjes niet gemaakt met zijn standpunt, al zijn er ook hedentendage nog juristen die het hele verbintenissenrecht in het licht van (het voorkomen van) ongerechtvaardigde verrijking zien.

4.3 *Ná Theunissen/Verstappen*

Reeds ten tijde van het Theunissen/Verstappen-arrest lag het ontwerp voor de opschortingsregeling in het nieuwe Burgerlijk Wetboek klaar.

21. L.C. Hofmann/P. Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht; De algemene leer van de verbintenissen*, deel 1, 2e gedeelte, 9e druk, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1977, p. 330-339.
22. De noot van H. Kingma Boltjes is tevens interessant door de bespreking van de negentiende-eeuwse rechtspraak (die ik hier met het oog op de omvang van deze bijdrage niet behandel).

Zoals hier boven reeds uiteengezet, bestaat deze regeling uit twee delen, de algemene regeling van art. 6:52 tot en met 57 en de regeling voor wederkerige overeenkomsten in art. 6:262 tot en met 264. Laten we eerst eens kijken of in de parlementaire geschiedenis nog iets te vinden is over het beoogde doel en effect van deze regelingen.

In de ontwerpfase werd tegen de regeling van de opschortingsrechten in het nieuwe BW geopponeerd door het Studiegenootschap van Bedrijfsjuristen.²³ Dit genootschap was met betrekking tot een aantal regelingen in het ontwerp, waaronder die van de opschortingsrechten, bevreesd dat deze een te ruime mogelijkheid gaven om op grond van de billijkheid de contractsband te wijzigen of te ontbinden. Meer in het bijzonder met betrekking tot de voorgestelde opschortingsregelingen merkte het Studiegenootschap op dat dit onderwerp beter aan de rechtspraak overgelaten zou kunnen worden.²⁴ Met andere woorden, in verband met mogelijk te ingrijpende effecten zag het Studiegenootschap liever geen wettelijke regeling zoals voorgesteld. De wetgever was niet overtuigd. Zó ingrijpend was de voorgestelde regeling niet. En wie beducht is voor een te ruime toepassing, zou nog meer beducht moeten zijn voor het overlaten van het onderwerp aan het inzicht van een rechter die niet beperkt wordt door wettelijk gestelde grenzen, aldus de wetgever.²⁵

Verder is de parlementaire geschiedenis van zowel de algemene regeling van art. 6:52-57 als van de enac van art. 6:262, 264 vrijwel geheel gewijd aan vragen van toepassing en wat de vaste Commissie voor Justitie noemt: 'opmerkingen omtrent de wetstechnische opzet'. De aandacht gaat uit naar wie wel en wie niet mogen opschorten. Er wordt verder niets gezegd over het doel van de opschortingsregeling, noch wordt er diep ingegaan op het effect. Het enige dat over het effect van een succesvol beroep op een opschortingsrecht wordt opgemerkt, is dat de wederpartij in zo'n geval niet mag opschorten of – in het geval van een wederkerige overeenkomst – niet mag ontbinden. De wederpartij raakt namelijk in schuldeisersverzuim doordat zij

23. *Conclusies inzake het Ontwerp voor Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.*

24. Parl. Gesch. Boek 6, Deventer 1981, p. 195.

25. Parl. Gesch. Boek 6, p. 194, 195 (Vaste Commissie voor Justitie; Voorlopig verslag II) en 201 (Minister; Memorie van antwoord II).

de eerste genoemde partij grond tot opschorting geeft; zie ook art. 6:54 onder a.²⁶

Wat ook onder 'effect' kan worden verstaan, is dat de regeling van de opschortingsrechten aan de schuldenaar een bevoegdheid verleent. Het is aan de schuldenaar van deze bevoegdheid al dan niet gebruik te maken. Doet hij het niet, dan kan de rechter het niet ambtshalve doen.²⁷

4.4 *Jurisprudentie*

De regeling van de opschortingsrechten in het nieuwe BW betekende weliswaar een nieuwe fase in de ontwikkeling van het leerstuk, maar een breuk met het verleden was het niet. Dit komt doordat in de jurisprudentie reeds geanticipeerd werd op het nieuwe recht, één van de voordelen van het feit dat het zo lang duurde voordat het nieuwe BW van kracht werd.

Een goed voorbeeld is HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 (Breda/Antonius). Breda had Antonius opdracht gegeven een aantal rompen, bochten en venturies te maken. De grondstoffen werden door Breda verschaft en Antonius werkte op aanwijzing van Breda. Het gevolg was dat Antonius het door hem bedongen eigendomsvoorbehoud verloor. Breda werd eigenaar van de door Antonius gefabriceerde produkten. De Hoge Raad wijst in een *obiter dictum* op het recht van een fabrikant zoals Antonius om de aflevering op te schorten op grond van artikel 6:52 BW, toen nog NBW.²⁸

'Wel verdient nog aandacht dat, in geval de feitelijke vervaardiger van een produkt op grond van toepassing van de hiervoor weergegeven maatstaf geen eigenaar van dat produkt door zaaksvorming wordt, hij zich weliswaar niet de eigendom van dit produkt zal kunnen voorbehouden met werking tegen zijn opdrachtgever of diens bank aan wie op het produkt een zekerheidsrecht is verleend, maar hij aldus toch niet van elke zekerheid voor de betaling van de door hem voor zijn werkzaamheden bedongen tegenprestaties zal zijn verstoken, nu hij in de regel de nakoming van zijn verplichting tot aflevering van de produkten, overeenkomstig het bepaalde in art. 6:52 NBW, zal kunnen opschorten tot de voldoening van hetgeen hem aan tegenprestaties toekomt, ook ter zake van uit hoofde van eerdere opdrachten reeds vervaardigde en afgeleverde produkten.'

26. Parl. Gesch. Boek 6, p. 203.

27. Parl. Gesch. Boek 6, p. 205.

28. HR 5 oktober 1990, *NJ* 1992, 226 (Breda/Antonius), r.o. 3 laatste alinea.

Dit mini-college opschorting van de Hoge Raad is niet alleen een duidelijke anticipatie op de nieuwe algemene regeling van artikel 6:52 BW, het werpt tevens enig licht op het doel van opschorting. De Hoge Raad vestigt de aandacht op de opschortingsbevoegdheid als zekerheid voor het geval de wederpartij niet betaalt. Zolang de wederpartij niet betaalt, hoeven de gefabriceerde producten niet te worden afgeleverd. Het is wel opvallend dat de Hoge Raad in dit verband artikel 6:52 noemt en niet art. 6:262. Het had meer voor de hand gelegen naar het laatste artikel te verwijzen, aangezien het om een situatie ging waar twee hoofdverplichtingen tegenover elkaar stonden. Of beschouwt de Hoge Raad aflevering i.c. als nevenverplichting?

De zekerheidsdoelstelling is bij artikel 6:262 ook sterker aanwezig dan bij artikel 6:52. Wie bij niet-nakoming door zijn wederpartij kan ontbinden, heeft meer behoefte aan opschorting als zekerheid dan wie dit niet kan. Vanwege het verband met ontbinding van artikel 6:262, is het bij deze vorm van opschorting ook niet van belang of nakoming door de wederpartij blijvend onmogelijk is, of op de vordering van de wederpartij beslag is toegelaten en of de wederpartij zekerheid heeft gesteld voor de nakoming van zijn verbintenissen, zie artikel 6:264. Dit zijn evenzovele uitzonderingen op de algemene regels van respectievelijk artikel 6:54 onder b en c en artikel 6:55. Waar het redelijk is een algemene opschorting op grond van artikel 6:52 niet toe te staan bij onmogelijkheid tot nakoming, een verbod tot beslag of een zekerheidsstelling, slaat bij de enac de balans door naar het belang van degene die wil opschorten. De redenering van de wetgever is dat wie mag ontbinden, ook mag opschorten in de aangegeven situaties. Het had daarom voor de hand gelegen indien de Hoge Raad in Breda/Antonius naar artikel 6:262 had verwezen en niet naar artikel 6:52.

De overgang naar het nieuwe BW was door de anticiperende jurisprudentie dus vrij soepel.²⁹

Een ander interessant arrest van vóór 1992 is HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 554 (Tiel Utrecht/Van de Velde). Hierin ging het om de uitleg van een contractueel beding op grond waarvan een verzekeraar niet verplicht was tot uitkering zolang de verzekeringnemer geen premie

29. Zie voor nog een voorbeeld van anticipatie Pres. Rb. Groningen 17 april 1991, *NJ* 1992, 240 (Twenthe BV/Van der Veen), waarin de President expliciet op artikel 6:55 BW anticipeert.

betaalde. Dit kan worden beschouwd als contractuele opschortingsbevoegdheid. De Hoge Raad overwoog aldus:

‘...dat in zijn algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard dat een beroep op genoemd beding – dat door het stellen van een sanctie een prikkel geeft tot nakoming door de verzekeringnemer van zijn verplichting tot tijdige betaling van premie – in strijd is met de goede trouw als de verzekeraar tevens betaling van de premie voor de desbetreffende periode vordert.’

Hier staat de prikkel tot nakoming door de wederpartij voorop. Het gaat hier natuurlijk ook niet om zekerheid. Indien het opschorten van de dekking niet zou zijn bedongen en er ook geen beroep op de algemene opschortingsregelingen mogelijk zou zijn, zou de verzekeraar de verschuldigde premie eenvoudig kunnen inhouden op de uitkering indien het risico waartegen verzekerd was, zich zou verwezenlijken. Dit is echter om voor de hand liggende redenen niet aantrekkelijk voor een verzekeraar. Dan wacht iedereen met het betalen van de premie tot het verzekerde risico zich verwezenlijkt.

Het belangrijkste arrest op opschortingsgebied sinds de invoering van het nieuwe vermogensrecht is ongetwijfeld HR 6 juni 1997, *NJ* 1998, 128 (Van Bommel/Ruijgrok). Wat in Theunissen/Verstappen nog niet mocht, mag sinds dit arrest – onder omstandigheden – wel. Ook nu ging het om achterstallig onderhoud en een huurder die zijn huur opschortte. Het achterstallige onderhoud was echter zodanig dat de woning feitelijk onbewoonbaar was. De kernoverweging van de Hoge Raad betreft primair de vraag of het mogelijk is na afloop van de huurovereenkomst als verweer tegen een vordering tot betaling van de huurpenningen, de huurovereenkomst alsnog te ontbinden met als resultaat dat de huurpenningen niet meer verschuldigd zijn. Het antwoord is ja. Als de tekortkoming van de verhuurder ernstig genoeg is, kan de overeenkomst al dan niet gedeeltelijk worden ontbonden, en wel met ingang van het tijdstip dat de verhinderende van het gebruik van de woning intrad. De Hoge Raad voegt hier aan toe dat de huurder, voordat hij tot ontbinding besluit, bevoegd is op grond van artikel 6:262 BW de nakoming van zijn verplichting tot huurbetaling op te schorten. Wel moet de huurder de verhuurder op de hoogte stellen van de gebreken, zodat deze ze kan verhelpen. De nadruk ligt in de argumentatie van de Hoge Raad dus op de prikkel tot nakoming. Dit is wederom opvallend aangezien het in Van Bommel/Ruijgrok ging om een huurder die pas een beroep op opschorting deed, nadat zij de

huurovereenkomst had opgezegd. De prikkel tot nakoming zal niet haar bedoeling zijn geweest. Ten tweede valt op dat het enerzijds vaste jurisprudentie is dat een (succesvol) beroep op een opschortingsbevoegdheid niet tot verval van verplichtingen leidt, en dat anderzijds in Van Bommel/Ruijgrok juist de ontbinding voorop wordt gezet en de opschorting daaraan verbonden wordt. Het effect is dat in deze situatie opschorting indirect wel tot verval van verplichtingen leidt. Waar ontbonden kan worden, kan worden opgeschort. Het omgekeerde is echter niet het geval. Er kunnen zich in het kader van artikel 6:52 BW vele situaties voordoen die wel recht op opschorting geven, maar niet op ontbinding.³⁰

4.5 Kritiek

Achteraf kan geconstateerd worden dat de wetgever gelijk had toen hij bij de behandeling van de opschortingsrechten van artikel 6:52 en 6:262 BW in reactie op het rapport van het Studiegenootschap van Bedrijfsjuristen verklaarde dat het beter was een regeling in de wet op te nemen dan het onderwerp geheel aan de inzichten van de rechter over te laten. Uit de hierboven besproken uitspraak inzake Van Bommel/Ruijgrok blijkt dat de Hoge Raad steun heeft gezocht en gevonden in de wettelijke regeling. Dat hij hierbij extra voorwaarden formuleert (de verhuurder moet van de gebreken op de hoogte zijn gesteld) is een uitwerking van het beginsel van de redelijkheid en billijkheid, waar het leerstuk stevig in is verankerd.

Toch is er kritiek mogelijk, in het bijzonder op de keuze van de wetgever om het Duitse voorbeeld te volgen en zowel een algemene regeling, als een bijzondere regeling voor opschorting bij wederkerige overeenkomsten te ontwerpen. De enac is geen specialis die de algemene regeling uitsluit. Ook in geval van een wederkerige overeenkomst waarbij de wederzijdse verplichtingen tegenover elkaar staan, kan een schuldenaar zonder probleem een beroep op artikel 6:52 BW doen. Het kan discussie voorkomen indien de wederpartij van mening is dat de verplichtingen niet of onvoldoende tegenover elkaar staan. Andersom kan het aantrekkelijk zijn juist wel een beroep op de enac te doen, aangezien er verschillende situaties door de wetgever zijn aangegeven waar opschorten op grond van artikel 6:52 niet kan, en op grond van artikel 6:262 wel (zie hierboven bij de bespreking van de

30. Zie over Van Bommel/Ruijgrok o.a. Asser/Hartkamp 4-I (2000), nr. 266.

artikelen 54 onder b en c en 55). Niet ontkend kan worden dat beide regelingen een flinke overlap kennen.³¹ Volgens Stutterheim kan de enac beter afgeschaft worden. ‘Regelzucht en de overbodigheid van de exceptio non adimpleti contractus in het nieuw BW’, luidt de titel van zijn bijdrage aan de Clausing-bundel.³² Het in de parlementaire geschiedenis gehanteerde argument dat met een wettelijke opschortingsregeling voor wederkerige contracten ‘buiten twijfel’ gesteld wordt dat opschorting is toegestaan, wordt door Stutterheim van tafel geveegd.³³

‘Er wordt in art. 6.5.4.2 [= art. 6:262, rk] iets buiten twijfel gesteld, waar nimmer twijfel over was: dat tegenover elkaar staande verbintenissen uit één overeenkomst samenhangen is voor partijen zoiets als groen gras.’

Daarnaast maakt Stutterheim bezwaar tegen het door de wetgever gehanteerde argument dat opschorting bij wederkerige overeenkomsten wél mogelijk moet zijn ook al is de nakoming door de wederpartij onmogelijk geworden of is beslag niet toegestaan, omdat opschorting bij wederkerige overeenkomsten fungeert als een inleiding op een ontbinding. Stutterheim stelt dat een partij die ontbinding wenst, aan opschorting geen behoefte heeft. Volgens hem zijn opschortingsrechten slechts

‘ondersteunend in het realiseren van de afspraak tussen partijen.’³⁴

Hij vraagt zich retorisch af sinds wanneer een ontbinding moet worden ingeleid.³⁵

‘Is de exceptio zoiets als een ouverture bij de opera?’

Ook de uitzondering op artikel 6:55 brengt Stutterheim niet op andere gedachten. De enac is overbodig. Ook Stutterheim heeft met dit

31. Zie L.S.C. Heyning-Plate, a.w. p. 270: ‘De grenzen tussen deze laatste [de enac, rk] en het algemene opschortingsrecht zijn vaag, te vaag.’

32. R.H. Stutterheim, in: P. Abas e.a., *Omwille van de consument. Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. mr. P. Clausing*, Zwolle 1990, p. 139 e.v.

33. Stutterheim, a.w. p. 145.

34. Stutterheim, a.w. p. 147.

35. Stutterheim, a.w. p. 148.

standpunt geen school gemaakt in Nederland. In de Principles is zelfs een tegengestelde tendens waarneembaar.

5. PRINCIPLES

Zowel in de Principles of International Commercial Contracts van Unidroit als in de Principles of European Contract Law is, zoals reeds aangegeven, een opschortingsregeling opgenomen. Beide regelingen zijn gebaseerd op de enac, dat wil zeggen ontworpen voor toepassing bij louter wederkerige overeenkomsten. Dit is in zekere zin een stap terug, althans vergeleken met de Duitse en Nederlandse algemene opschortingsregeling; zie de historische achtergrond. Het beperkte bereik van de Principles doet echter niets af aan het doel en het effect van de opschortingsregelingen.

5.1 *Unidroit Principles*

Het commentaar bij artikel 7.1.3 is net zo kort als het artikel zelf. Artikel 7.1.3 luidt:

‘Where the parties are to perform simultaneously, either party may withhold performance until the other party tenders its performance.

Where the parties are to perform consecutively, the party that is to perform later may withhold its performance until the first party has performed.’

In het commentaar wordt niets gezegd over het beoogde doel of effect van de regeling. Blijkbaar was de strekking en het te bereiken effect evident voor de opstellers. Volstaan werd met het geven van een voorbeeld waar zowel het zekerheidsargument als de prikkel tot nakomen uit afgeleid kan worden.

5.2 *Principles of European Contract Law*

In de PECL is opschorting geregeld in artikel 9:201:

‘A party which is to perform simultaneously with or after the other party may withhold performance until the other has tendered performance or has performed. The first party may withhold the whole of its performance or a part of it as may be reasonable in the circumstances.

A party may similarly withhold performance for as long as it is clear that there will be a non-performance by the other party when the other party’s performance becomes due.’

In het commentaar bij de PECL wordt helder aangegeven wat de bedoeling is:³⁶

‘This both protects the withholding party from having to advance credit to the non-performer and gives the latter an incentive to perform, since until it does so it will not receive the counterperformance.’

6. CONCLUSIE

Opschorting is niet meer weg te denken uit het arsenaal aan privaatrechtelijke sancties. Het heeft zich ontwikkeld van een recht van de verkoper als een *quasi pignus* tot een volwaardige bevoegdheid die toekomt aan een schuldenaar die een vordering op zijn schuldeiser heeft. De verschillen tussen de diverse nationale rechten betreffen de randgevallen. Wanneer wordt een opschortingsbevoegdheid nog wel toegekend en wanneer niet meer? Het principe is algemeen geaccepteerd, zoals ook blijkt uit de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law. Over het doel bestaat vrijwel eenstemmigheid: het is zowel een prikkel tot nakoming als een vorm van zekerheid. In bepaalde situaties ligt de nadruk op het een, in andere op het ander. Soms gaat het slechts om één van beide, zoals wanneer de wederpartij niet meer kan nakomen. Het effect is verschillend. In Duitsland en Zwitserland leidt een succesvol beroep op een opschortingsbevoegdheid tot een voorwaardelijke veroordeling. In Nederland en de meeste andere landen wordt de vordering van een schuldeiser tot nakoming bij een succesvol beroep op opschorting afgewezen, zoals in het Romeinse recht de koper zijn actie werd ontzegd. Wat dat betreft is er weinig nieuws onder de zon.³⁷

36. O. Lando and H. Beale (ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague/London/Boston, 2000, p. 404. Zie ook H. Beale en J. Harrington, a.w. p. 724 e.v.

37. Met dank aan prof. mr. L.C. Winkel voor zijn commentaar.